

LEGAL RISK MANAGEMENT PRACTICE
OF INSURANCE COMPANY

保险公司 法律风险管理实务

本书编写组◎编著

LEGAL RISK MANAGEMENT PRACTICE
OF INSURANCE COMPANY

保险公司 法律风险管理实务

本书编写组◎编著

图书在版编目(CIP)数据

保险公司法律风险管理实务/本书编写组编著. —北京:首都经济贸易大学出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5638 - 2208 - 9

I. ①保… II. ①本… III. ①保险法—研究—中国 IV. ①D922. 284. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 046789 号

保险公司法律风险管理实务

本书编写组 编著

出版发行 首都经济贸易大学出版社

地 址 北京市朝阳区红庙(邮编 100026)

电 话 (010)65976483 65065761 65071505(传真)

网 址 <http://www.sjmcb.com>

E-mail publish@cueb.edu.cn

经 销 全国新华书店

照 排 首都经济贸易大学出版社激光照排服务部

印 刷 河北三河长城印刷有限责任公司

开 本 710 毫米×1000 毫米 1/16

字 数 223 千字

印 张 13.25

版 次 2014 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5638 - 2208 - 9/D · 146

定 价 30.00 元

图书印装若有质量问题,本社负责调换

版权所有 侵权必究

前

言

Foreword

保险业具有高负债性、高风险性的行业特性,其经营管理和业务发展会面临诸多的法律风险。鉴于此,为提高中国人民财产保险股份有限公司广大员工对保险公司法律风险的认识、管控水平,进一步普及保险公司风险管理实务法律知识,结合工作实际情况编写此书,供公司广大干部员工学习、使用。

本书分为五大部分,第一部分为“法律风险管理概述”,概括性的介绍了法律风险管理理论和公司法律风险管理现状。第二部分为“统一法人授权经营管理”,介绍了法人、授权和统一法人授权经营管理在公司的应用及其前景探索。第三部分介绍了“保险条款、合同审核及外聘非诉律师管理”,主要内容是主要险种保险条款审核要点、合同法律审核和外聘非诉律师管理。第四部分为“从诉讼案件管理防范法律风险”,主要介绍了诉讼案件管理、诉讼外聘律师管理、“诉调对接”工作、法院执行中的法律风险防范等问题。第五部分为“‘六五’普法相关文件”,列举了几个开展普法工作的指导性文件。

本书的汇编整理工作由中国人民财产保险股份有限公司法律部总经理邹志洪主持,法律部副总经理白飞鹏做了大量协助工作,法律部默燕兵、郑璐璐、罗蔚文、万千、钱魏、李超田、任江凌、张优优、徐宏笑宇、董博、李姗姗、张辰、熊玉菲、宋李娜、曹辉等同志参与了本书的撰写、汇编、整理工作。

本书从筹划到出版得到了中国人民财产保险股份有限公司领导的关怀和支持,得到了首都经贸大学出版社的大力配合,在此表示感谢。

由于时间仓促,本书编写难免有不足之处,恳请读者批评指正。

本书编写组

二〇一四年三月九日

目 录

第一章 法律风险管理概述 / 1

第一节 法律风险管理理论 / 1

第二节 中国人民财产保险股份有限公司法律风险管理现状 / 12

第二章 统一法人授权经营管理 / 29

第一节 法人授权有关问题 / 29

第二节 统一法人授权经营管理在公司的应用 / 33

第三节 统一法人授权经营管理的探索 / 42

第三章 保险条款、合同审核及外聘非诉律师管理 / 45

第一节 主要险种保险条款审核要点 / 45

第二节 合同法律审核 / 115

第三节 外聘非诉律师管理 / 123

第四章 从诉讼案件管理防范法律风险 / 129

第一节 诉讼案件管理 / 129

第二节 从诉讼(仲裁)案件反映出的问题,防范公司法律风险 / 141

第三节 诉讼外聘律师管理 / 150

第四节 通过推进“诉调对接”工作,降低诉讼发生率 / 153

第五节 车险诉讼、仲裁案件中特殊法律问题 / 158

第六节 法院执行中的法律风险防范 / 164

第七节 保险公司知识产权法律风险管控 / 166

第五章 “六五”普法相关文件 / 180

第一节 全国人民代表大会常务委员会关于进一步加强法制宣传教育的决议 / 180

第二节 中央宣传部、司法部关于在公民中开展法制宣传教育的第六个五年规划(2011~2015年) / 182

第三节 中国保监会“六五”普法规划 / 189

第四节 中国人民保险集团股份有限公司“六五”普法规划 / 193

第五节 中国人民财产保险股份有限公司“六五”普法规划
实施方案 / 197

参考文献 / 204

第一章 法律风险管理概述

第一节 法律风险管理理论

一、企业法律风险的概念

(一) 法律风险的概念

目前对企业的法律风险并没有一个统一的定义。但是,企业法律风险经常被提及并在管理学界和法律界广为传播。对于如何对其进行准确清晰界定,国内外也存在很多观点。国际上关于企业法律风险的定义如下:

1. 国际律师协会(IBA)将其定义为企业因经营活动不符合法律规定或者外部法律事件导致风险损失的可能性。

2. 全球企业法律顾问协会(ACC)将其定义为企业所承担的发生潜在经济损失或其他损害的风险。

在我国的法律、行政规章中首次出现“法律风险”一词的,是中国人民银行1998年颁布的《贷款风险分类指导原则(试行)》的附件《贷款风险分类操作说明》。在《贷款风险分类操作说明》第三部分中,仅仅有一个法律风险的提法,并没有相应的解释。

在2006年2月颁布并于2007年1月1日起生效的《中国注册会计师审计准则》中,将法律风险定义为“某项法律法规或监管措施阻止被审计单位或交易对方执行合同条款或相关总互抵协议,或使其执行无效,从而给被审计单位带来损失的风险”。

2006年6月,国务院国有资产管理委员会颁布了《中央企业全面风险管理指引》(以下简称《指引》),在该《指引》中,将企业风险分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险五大类。但该《指引》同样未对法律风险给予解释。

2007年5月,在中国银监会颁布的《商业银行操作风险管理指引》附录中,将法律风险的外延描述为“法律风险包括但不限于下列风险”:

“(1)商业银行签订的合同因违反法律或行政法规可能被依法撤销或者确认无效的;(2)商业银行因违约、侵权或者其他事由被提起诉讼或者申请仲裁,依法可能承担赔偿责任的;(3)商业银行的业务活动违反法律或行政法规,依法可能承担行政责任或者刑事责任的。”从上述描述可以看出,其只是对法律风险的一种列举,而不是定义。

国家标准化委员会颁布的《企业法律风险管理指南》(GB/T24353—2011),首次对法律风险进行了定义。企业法律风险是指“基于法律规定、监管要求或合同约定,由于企业外部环境及其变化、或企业及其利益相关者的作为或不作为,对企业目标的影响”。

国内的学术界,关于企业法律风险主要有以下观点:

1. 指在法律实施过程中,由于企业做出的具体法律行为不规范而导致与其所期望达到的目标相违背的法律不利后果发生的可能性。

2. 指因法律法规因素所引致的由企业承担的潜在经济损失或其他损害的风险。

3. 指企业经营行为违法而招致的法律责任。

结合国内外的各种观点,我们认为:所谓法律风险,是指可以通过法律手段来控制的风险。在各种表述中,《企业法律风险管理指南》的表述相对更为全面、准确,即企业法律风险是指“基于法律规定、监管要求或合同约定,由于企业外部环境及其变化、或企业及其利益相关者的作为或不作为,对企业目标的影响”。

(二) 法律风险的特点

法律风险具备如下特点:

一是法律风险的广泛性。作为市场经济活动的主体,企业的所有行为在一定意义上都是法律行为,都要受到法律的约束,可以说法律风险可能发生在企业运营的所有领域和各个环节,企业法律风险分布的范围和企业风险分布的范围基本一致,而其他几种风险只分布在特定的领域和环节,企业外部的社会、经济环境及内部的经营和管理环境,几乎都有可能存在法律风险。

二是法律风险的非独立性。法律风险产生于企业生产经营管理活动,通常没有独立存在的法律风险,法律风险的存在通常意味着还有其他风险存在,与其他风险相伴相生;同时在一定条件下,他们还相互转化,其他风险超过一定的限度将引发法律风险,法律风险发生的后果也一定会导致其他风险的发生。

三是法律风险的相对客观性。法律风险的发生前提是违反法律法规或合同约定,法律法规和合同是判断风险是否存在、风险后果是否严重的基本依据,因此,和其他风险相比,法律风险具有相对客观性,不能依靠相关人员的主观判断。

四是法律风险后果的不确定性。法律风险是否会演变为风险损失,往往取决于相关的各类因素的共同作用。这些因素中,有一些是当事人自己的主观意志所无法控制的因素。正是由于这些因素的不可控制性,才导致风险存在不确定性。

法律风险的上述特点使得法律风险管理在全面风险管理中具有的地位重要,因为企业实施任何经营活动都可能引发一定的风险,不仅包括商业风险还包括法律风险。因而当遇到任何一种风险时,都不能孤立地看待,而应当分析这种风险背后存在的法律问题,从法律的层面加以预防和控制,使得法律风险管理的价值和管控点与公司业务有机结合,并且使法律有效地支持各项业务发展的同时将经营管理风险降到最低。

(三) 法律风险的分类

企业的法律风险,根据不同的标准,可以有不同的种类。在此,我们按照法律风险的来源和后果进行分类。

1. 按照法律风险的来源分类

(1) 企业内部法律风险。所谓企业内部的法律风险,是指企业在设立及内部经营过程中产生的各种法律风险。企业在经营过程中,要遵循各种法律、法规及行政规章,这些“游戏规则”相当于一条底线。底线之上,企业有充分自主经营的权利,在生存的基础上不断发展、壮大。而跨越底线,企业将面临来自法律的制裁。

(2) 企业外部法律风险。所谓企业外部的法律风险,是指企业在与他方进行合作、交易过程中产生的法律风险。企业经营的目的大多是为了追求利润,利润的形成必须通过交易达成。在交易的过程中,企业不可避免地要与外部打交道,因此也会面临相应的法律风险。这其中可能是合同相对方违约的风险,也可能是第三方侵权的风险。和企业内部法律风险相比,这种他方制造的风险更为常见,也更容易引起企业的关注。

2. 按照法律风险的后果分类

(1) 刑事法律风险。刑事法律规范涉及国家安全、公共安全、公民的人身权利及民主权利、公民和企业的合法财产权利等方方面面。从不断发布的刑法修正案来看,刑法在根据国家社会经济形势的变化而不断地调整刑事犯罪的内涵与外延,从而对社会、经济的健康发展提供基本的秩序保障。

任何行为只要触犯了刑法,都会面临刑事处罚的风险,自然人不必说,作为企

业也不例外。企业的行为如果构成犯罪,企业会被处罚金,直接负责的主管人员与其他责任人员会被判处刑罚。若是企业高管受到刑事处罚,则企业的正常运营会受到沉重打击。

例如生产彩色显像管的企业红光实业,因虚报利润1亿多元骗取股票上市资格,其公司多名高管及中介机构受到司法追究。

有着多年中国500强美誉的“三九集团”,因管理混乱和盲目扩张欠下107亿元的巨额债务,多名高管相继被捕并被追究刑事责任。

拥有系列上市公司和庞大产业帝国的“德隆系”,因并购重组而招致570亿元的负债,核心人物唐万新因刑事犯罪被捕入狱,整个企业也因之消亡。

从以上机构的例子可以看出,刑事责任风险,对于企业的生存、发展有着至关重要的影响。

(2)民事法律风险。民事法律风险是相对最常见、也最易发生的法律风险。民事法律风险主要包括各类合同违约风险和各类侵权风险。在民事法律风险方面,实体法和程序法中大多规定了行使权利的期限和方式,如果在实践中不注意这些细节或不能熟练运用相关的规定,极易造成合法权益的丧失。

刑事和行政方面的法律规定因为要考虑可执行性的问题,一般对于处罚的幅度规定要相对具体。而民事法律规范,不论是合同责任还是侵权责任,既有比较具体的规定,也有较为宽泛、难以确定具体额度的规定。总的来说,我国的民事赔偿制度未能摆脱“填平主义”的思路,因此造成的后果是:一方面某些赔偿难以确定额度,另一方面总的赔偿范围只能围绕另一方的损失进行。在具体的实务中,必须要注意我国赔偿制度的特点,才能更好地控制法律风险。

(3)行政处罚风险。行政处罚风险发生的概率低于民事责任风险,高于刑事责任风险。所谓行政处罚风险,是指企业在经营过程中,违反了行政法规、地方性法规、规章的强制性规定,而受到有权机关的处罚。和法律条文相比,行政法规、规章的严谨性相对较差,而且我国来自方方面面的各种规章很多,企业稍不留意就会触犯这些规定而受到处罚。

行政处罚对企业的影响是直接的、甚至是严厉的,某些行政处罚可以直接导致企业经营资格的丧失。例如对于保险企业,如果严重违法违反监管规定,保险监管部门会给予在某一期间停办某一险种的处罚,这对保险公司的打击是非常大的。

(4)权益丧失风险。所谓权益丧失法律风险,是指企业由于自身的原因,没有及时行使权利,而造成了某些权益的全部或部分丧失。在前面提到的刑事、民事、行政法律风险中,多数情况是因为企业违反了刑事、行政方面的法律规定而受到了

公权力的惩罚,或是由于违反了民事法律规定而受到其他主体的索赔。但是在单方权益丧失的情形下,企业并没有违反刑事、民事、行政的法律规定,也没有合同违约,但是却给自身造成了损失。造成这种情况的原因有企业相关人员的法律知识欠缺、经验不足以及工作中存在失误或疏忽等多方面的原因。例如在保险企业中,有因为诉讼时效已过而丧失追偿权的情况,这可以说是典型的单方权益丧失法律风险。

(四) 保险公司的法律风险

结合保险公司的经营管理特点,我们认为保险公司的法律风险主要是:保险公司在开展保险业务和资金运用过程中可能违反法律法规的风险,及其他因法律风险因素引致的公司承担潜在经济损失或其他损害的风险。

保险业是一个高风险行业。路伟国际律师事务所早在其 2005 年 3 月发布的《中国 100 强企业法律风险环境排名分析》的报告中就指出,保险业的法律风险在所有行业对比中列第二位,仅低于与生命健康息息相关的医药行业。相对于传统工商业和其他金融行业,保险业在运营时发生法律风险的概率更高,因为保险行业的产品主要就是保险服务及其与之对应的法律合同。置身激烈市场竞争中的保险公司面临的法律风险主要来源于:

1. 保险产品的不断创新使保险合同内容更加广泛和复杂,给产品核保、理赔等环节带来诸多挑战,涉及的法律风险也显著增加。

2. 保险产品的销售方式不断拓展,网络销售、电话销售的出现使得围绕保险产品的销售产生许多法律风险。

3. 公司统一法人治理结构不断推进,业务规模和经营范围不断扩展,保险公司集约化经营程度普遍提高,引致法律风险产生的因素明显增多,防范法律风险的任务也更加繁重。

4. 法制体系不断完善,保险监管日益规范和严格,消费者保险意识和法律意识普遍提高,同行业竞争更加激烈,保险公司经营合法性要求明显增加,以上因素导致保险公司面临的法律事务和涉讼风险的可能性与日俱增。

5. 部分保险公司在境外上市,使其面临的法律、政策和市场运营环境发生深刻变化:境外上市的保险公司不但要遵守国内,而且还要遵守上市地法律规范。

鉴于保险企业的法律风险状况,中国保险监督管理委员会(以下简称保监会)于 2010 年 8 月 10 日下发了《保险公司内部控制基本准则》,明确要求,保险公司在制度制定、合同订立和管理、重大事项决策和处置、纠纷诉讼等方面,应当有法律职能部门和专业人员的提前介入和充分参与,以最大限度地防范法律风险。

二、法律风险管理概念及原则

(一) 法律风险管理概念

关于法律风险的概念,虽然没有统一的定义,但毕竟还存在若干表述。相比之下,关于法律风险管理的概念,却鲜有提及。结合法律风险的概念、特点以及来源,我们认为,所谓法律风险管理,是指企业在对法律风险充分评估的基础上,围绕企业的战略目标,结合企业自身的行业特点,在综合考虑内外部因素的基础上,利用法律所赋予的权利,采取综合的手段以避免、降低企业法律风险的法律事务处理过程。

(二) 法律风险管理原则

根据《企业法律风险管理指南》,为了有效管理法律风险,支持企业的决策和经营管理活动,企业进行法律风险管理时可遵循以下原则:

1. 以企业战略目标为导向的原则。企业法律风险管理的目的在于促进企业战略目标的实现。在法律风险评估和应对等企业法律风险管理活动中应充分考虑法律风险与企业战略目标之间的相互关系、影响等因素。

2. 审慎管理的原则。由于法律风险的特殊性,对于法律风险应坚持审慎管理的原则。要在尊重法律、保持诚信的前提下,开展法律风险管理活动,风险管理的策略和方法不应违反法律的强制性和义务性规定。

3. 与企业整体管理水平相适应的原则。法律风险管理是企业管理的有机组成部分,并和企业战略管理、流程管理、绩效管理、信息管理等密切相关。法律风险的识别、分析、评价和控制等活动只有与企业整体管理水平相适应,才能取得良好的效果。

4. 融入企业经营管理过程的原则。法律风险发生于企业的经营管理活动,其识别、分析、评价和应对都不可能脱离企业经营管理过程,法律风险管理必须融入企业经营管理过程,成为其有机组成部分。

5. 融入决策过程的原则。企业所有决策都应综合考虑风险,以便将风险控制在企业可接受的范围内。法律风险作为企业的重要风险范畴,应纳入企业决策过程,作为企业决策应考虑的重要因素。

6. 纳入企业全面风险管理体系的原则。法律风险管理是企业风险管理体系的组成部分,应与其他风险的管理整合,以提高风险管理的整体效率和效果。

7. 全员参与、全过程开展的原则。法律风险产生于企业经营管理的各个环节,因此法律风险管理需要企业所有员工的参与并承担相关责任,其中特别包括企业

专职的法律管理部门(或人员)。各方人员分工负责,以形成法律风险管理的长效机制。

8. 持续改进的原则。法律风险管理是适应企业内外部法律环境变化的动态过程,其各步骤之间形成一个循环往复的闭环。随着内外部法律环境的变化,企业面临的法律风险也在不断发生变化。企业应该持续不断地对各种变化保持敏感并做出适当反应。

(三) 法律风险管理的特点

1. 法律风险管理强调事先防范。法律风险管理与传统的法律工作在内容和理念上均存在较大的差别,传统的法律工作主要是处理法律风险的事中或事后工作,充当消防员的角色;但法律风险管理强调实施前的计划阶段就充分考虑好实施中可能出现的问题以及最为合适的应对方法,以实现法律风险的最小化和企业利益的最大化。

2. 法律风险管理强调围绕企业战略目标。法律风险管理充分考虑企业的现状及企业的发展目标、具体经营行为所要达到的目的,并以此为依据寻求最为合适的解决方案,实现风险利益与风险收益的平衡。

3. 法律风险管理强调采用综合方法。法律风险管理跻身于应用法学与管理学之间,运用运筹学、管理学、统计学、会计学等学科的工作方法,从而能在预见法律风险时能够系统地识别并得出全面的结论,并采取企业能够实现的方式去具体操作。

4. 法律风险管理强调融入企业管理。每个具体的企业存在着不同的法律风险,法律风险管理强调针对企业的实际情况将具体事务中的法律风险进行专门管理,将法律风险管理融入企业经营管理过程,成为其有机组成部分,实现与企业管理的有机结合。

三、法律风险管理的起源及发展

(一) 法律风险管理在国外的起源与发展

法律风险管理一词,国外相对应的概念多使用 legal risk management。在法律风险管理的实践方面,欧美诸国早就开始了尝试,并积累了许多值得我们学习借鉴的经验。在企业中设置法律顾问,是欧美各国比较通用的进行法律风险管理的措施。因此,在某种意义上讲,西方各国法律风险管理的沿革实际上就是企业法律顾问的发展史。

美国是市场经济最为发达的国家,也是法律制度最为健全的国家。美国的企

业法律顾问制度起源于19世纪末。1882年,美国新泽西州标准石油公司最早设立了法律事务部门并专门配备了从事法律事务的人员。当时美国企业的组织形式比较简单,生产活动也比较单一,国家约束企业活动的法律规范也比较少,因此除个别超大型企业外,一般企业不设法律事务部门,也不配备法律顾问。大多企业通过临时聘请外聘律师,以满足企业处理法律纠纷的需要。

第二次世界大战后,以下几方面的因素促使企业法律顾问制度得以广泛发展。一是企业面临着外界日趋复杂的经营环境。随着企业的经营发展,不断涌现出新的客观情况,要求企业采取有效的防范措施。如环境保护问题、公害问题、产品质量问题、消费者权益保护问题、与雇员的劳动合同问题、同业竞争问题等。二是美国的法律不断增多,判例也日渐复杂。在这种情况下,企业有必要聘请专职法律顾问,从而熟练掌握相关的法律规定,避免企业的经营活动违反国家的法律和判例。三是基于企业自身的专业和管理流程的需要。和社会律师相比,法律顾问有更强的专业性,对企业的管理体系也更为熟悉和适应。四是企业业务国际化发展的需要。企业在国际化的发展进程中,进一步提高了对法律人才专业化的要求。例如跨国企业会面临技术转让、许可证贸易、海外投资以及知识产权保护等问题,企业应根据自身的业务特点和发展要求,对国外法律环境以及合作伙伴的资信情况进行调查、分析和评判。

在美国,企业的法律事务机构一般称为法律事务部,其负责人一般由企业的副总经理担任。负责人一般称作“总法律顾问或总律师”、“首席法律顾问”、“法律董事”等。目前,美国企业的法律顾问人数近20万人,占律师总数的21%。无论企业的经营性质、业务规模,也无论何种行业,基本上都有自己的企业法律顾问。越来越多的企业已经认识到,法律不仅仅是企业进行管理的工具,法律本身就是企业经营管理中一项非常重要的内容。目前,美国大公司的法律事务管理,日渐向集中化、垂直化的方向发展。特别是大型跨国公司,在总部设立法律事务机构的同时,其子公司、分公司根据业务需要,也要设立法律事务机构,其负责人由总部的总法律顾问任命和考核。

英国路伟律师事务所一项调查表明,每千名雇员对应的公司法律顾问人数,美国和欧盟为1.4人,亚洲除中国外也为1.4人,而中国只有0.37人。

(二) 法律风险管理在国内的发展

1. 企业法律顾问制度在我国的发展。我国在20世纪80年代开始出现有关企业法律顾问工作的部门规章。在律师制度恢复后不久,在当时的全民所有制企业(即现在的国有企业中),开始设立企业法律顾问。按照规定,企业的法律顾问由

企业自行设置,由法定代表人直接领导,为企业的经营管理活动提供法律依据和帮助,维护企业的合法权益。企业的法律顾问一般是其企业的员工。当时,并不是所有的企业都要设立法律顾问,而是大中型国有企业的义务。

20世纪90年代,人事部、司法部等部门共同对企业法律顾问资格考试等问题进行了明确规定。此后,企业法律顾问资格成为与律师资格并行的专业资格。1997年后,国家经济贸易委员会相继颁布了《企业法律顾问管理办法》《企业法律顾问注册管理办法》,进一步将企业法律顾问确定为一个独立的职业。2004年,国务院国有资产管理委员会颁布了《国有企业法律顾问管理办法》,将企业法律顾问的地位提到了一个新的高度。该办法明确规定了企业法律顾问、企业总法律顾问的职责,企业法律顾问的作用不断得到强化。

但是,和欧美不同的是,我国的企业法律顾问制度,仅仅是针对国有企业,目的是通过设立、强化企业法律顾问制度,保护国有资产安全。对于民营企业,设立企业法律顾问或法律机构,完全是出于自身防范法律风险的需要。

2. 行政规章中关于法律风险管理的由来及概念。在我国的行政规章中,最早并没有使用法律风险管理一词,而是与此含义相类似的“法律风险防范”。2004年5月11日国务院国有资产管理委员会颁布的《国有企业法律顾问管理办法》(以下简称《办法》)首次使用“法律风险防范”一词。2004年5月14日国资委颁布的《关于在国有重点企业加快推进企业总法律顾问制度建设的通知》(以下简称《通知》)中,使用的也是“法律风险防范”。在上述《办法》和《通知》中及此后的“法律风险防范”,均只是提及这一措词,并未对此概念进行解释。

2006年6月,国务院国有资产管理委员会颁布了《中央企业全面风险管理指引》(以下简称《指引》),将企业风险分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险五大类,并将法律风险纳入了企业管理的内容。因此,可以认为该《指引》间接地使用了“法律风险管理”的提法,并且没有对“法律风险管理”进行解释。

2012年2月1日,在国家标准委员会颁布的《企业法律风险管理指南》(以下简称《指南》)中,正式使用了“法律风险管理”一词。该《指南》提出了企业法律风险管理的原则,法律风险管理的过程,法律风险管理的实施等内容,对企业进行法律风险管理有非常重要的指导意义和参考作用。但遗憾的是,该《指南》同样没有对“法律风险管理”给出一个明确的定义。

从“法律风险防范”到“法律风险管理”措辞的演变,可以看出法律风险管理在我国还是一个新兴的课题。至今为止,有关法律风险管理还没有一个统一的概念。

这一点上,我们不难得出这样一个结论:无论是理论研究方面,还是实务实践方面,法律风险管理的研究任重而道远。

四、法律风险管理与其他风险管理的关系

(一) 法律风险管理 with 风险管理

1. 法律风险管理只是企业风险管理中的一部分。在国务院国有资产管理委员会颁布的《中央企业全面风险管理指引》中,将企业风险分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险五大类,法律风险只是企业风险管理中的一部分内容。

2. 风险管理的内容和方法适用于法律风险管理。法律风险管理是企业全面风险管理的组成部分,贯穿于企业决策和经营管理的各个环节。企业风险管理的目标、组织职责、管理流程等同样适用于企业法律风险管理。企业风险管理中涉及的风险识别、评估、应对等流程及方法也同样适用于法律风险管理。

3. 法律风险更关注于法律上的安全性问题。企业的风险管理,要充分考虑潜在损失的大小,要充分考虑收益与损失之间的关系,要充分考虑损失发生的概率,其关注的核心在于收益和经济损失之间的平衡。而法律风险管理要考虑的则是企业在经营过程中,各项活动是否合法,若出现问题法律上需承担何种不利后果。企业法律风险管理通过对企业具体行为可能导致的法律后果的考量,通过对导致不利后果的成因分析、法律关系分析,进而提出相应的应对措施,从而减少法律风险给企业带来的损失。

4. 法律风险管理对解决方案的设计要严格限定在法律的框架内。企业其他的风险管理解决方案,可以采取规避、控制、承受、转移以及对抗等,选择较多。相比之下,法律风险的解决方案大多缺乏自由度,被动性较高。

法律的规定是刚性的,企业的行为,包括作为与不作为,都有可能违反法律的规定,在这种情况下,企业必须根据现行的法律规范调整自身的行为。因为受制于法律规范体系,所以企业围绕法律风险所要采取的任何一种解决方案,都要从法律视角出发,这样才能避免风险,或者是以较小的风险替代较高的风险。

(二) 法律风险管理与合规风险管理

法律风险与合规风险在不少情况下是重合的。以保险公司为例,在从事某项业务违反法律遭受处罚时,保险公司既面临合规风险,同时也要承担法律风险。因此,法律风险管理与合规管理存在重叠内容。许多中外大型企业也都是将法律风险与合规风险统一管理,在机构设置上,统一设立法律合规部。法律风险与合规风险是交叉关系,二者既有相同点,也有不同点。

1. 要达到的目标基本相同。合规,一般包括两方面的含义:一是企业的内部管理制度和业务规则符合法律法规、监管规定和行业规则;二是内部的管理制度、业务规则得到实际执行,各级机构的行为符合制度、规则的规定。合规管理,是通过对公司重要业务活动进行合规审查,识别、评估、监测公司经营中的各种违规风险,主动避免违法违规行为的发生,从而使公司免受法律制裁或财务、声誉等方面的损失,防范经营风险,提升公司形象,最终达到强化公司竞争力的目的。

法律风险管理与合规管理,所依据的一部分规则是相同的法律规范,所要避免的违法风险也是相同的。其最终的目标都是避免法律制裁,提升公司形象,最终提高公司的竞争力。

2. 依据的规则层级与效力不同。法律风险管理依据的是各个不同层级的法律规范,而合规所依据的有一部分是出于法律规定,大部分则是不属于法律规范范畴的准则、行业规范以及公司内部规定等。显然,法律规范的层级与效力要远远高于各类准则、行业规范。法律规范具有普遍的约束力,而合规所依之“规”,一般只约束本企业,至多是本行业。此外,合规之“规”中,还包括了道德准则。例如在保险领域,中国保险监督管理委员会在《保险公司合规管理指引》中给合规的定义是:“本指引所称的合规是指保险公司及其员工和营销员的保险经营管理行为应当符合法律法规、监管机构规定、行业自律规则、公司内部管理制度以及诚实守信的道德准则。”

还有一个应注意的情况是,合规之“规”,由企业内部人员、行业内部人员自行制定,因为上述人员对法律的熟悉程度不同,“规”本身是否合法也是需要加以高度关注的。我们在日常的工作中,曾经发现过不少“规”不合法的情况。

3. 对内与对外的操作重心不同。法律风险管理,虽然也有解决企业内部法律风险的问题,但主要是解决对于外部法律环境下,通过对法律风险的识别、评估与应对,实现企业利益的最大化、风险最小化。而合规管理,主要是解决企业内部机构、员工与相关规则之间的符合性问题,既有对内行为,也有对外行为,但其中涉及更多的是对内行为。

在法律风险管理的框架下,企业面对外部的法律规范,只能是被动地接受。而合规管理中,在面对相关之“规”方面则有一定的主动性。企业可以依据其经营目标,通过制订和实施一系列制度、程序和方法,对合规风险进行事前防范、事中控制和事后监督及纠正。